



Centro Universitário de Brasília – UniCeub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

ÍCARO LIEBERT CORREIA BARROS

**DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECER JURÍDICO
EMITIDO EM PROCESSO LICITATÓRIO**

Brasília
2016

ÍCARO LIEBERT CORREIA BARROS

**DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECER JURÍDICO
EMITIDO EM PROCESSO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa.

**Brasília
2016**

ÍCARO LIEBERT CORREIA BARROS

**DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECER JURÍDICO
EMITIDO EM PROCESSO LICITATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientador: Prof. MSc. Salomão Almeida
Barbosa.

Brasília, ____de_____ de 2016.

Banca Examinadora

Prof. Salomão Almeida Barbosa, MSc.
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me dar forças para concluir a graduação em Direito

À minha família e amigos, pelo amor e apoio dedicados.

Ao meu orientador, Professor Salomão Almeida Barbosa, pela paciência, contribuição, atenção e disponibilidade prestadas.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo a análise da responsabilidade do advogado público no âmbito dos procedimentos administrativos de licitação pública. A pesquisa terá como fontes de informação a Constituição Federal Brasileira, excertos da legislação pátria aplicável ao Direito Público, a doutrina dos principais juristas especializados em Direito Constitucional e Administrativo, e a jurisprudência sobre a matéria em debate. Artigos publicados por operadores do direito intimamente ligados ao tema, também serão alvo de citação para uma melhor compreensão da questão prática do assunto abordado. Partindo-se do pressuposto da obrigatoriedade legal de emissão do parecer e da natureza jurídica da manifestação jurídica emitida em processo licitatório, será discutida a possibilidade de responsabilizar o parecerista público responsável pela sua emissão, em caso de eventual irregularidade detectada no decorrer do procedimento, e consequentes danos causados à Administração.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Parecer Jurídico. Processo Administrativo. Licitação Pública. Responsabilidade Administrativa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA NECESSIDADE DE LICITAR	9
1.1. Aspectos relevantes sobre a Administração Pública e Princípios Constitucionais Administrativos	9
1.2. Considerações sobre a obrigatoriedade legal de licitar.....	12
1.3. Da licitação como processo administrativo.....	15
2. ENTENDIMENTOS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PARECER	18
2.1. Classificação doutrinária e natureza jurídica do parecer jurídico	18
2.2. A emissão do parecer jurídico no processo licitatório	21
3. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO PELA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO	25
3.1. Da responsabilidade dos agentes públicos atuantes em licitações e contratos.....	25
3.2. Do alcance da atuação do advogado público pelo controle externo.....	27
3.3. Da possibilidade de imputação de responsabilidade ao advogado público à luz do Supremo Tribunal Federal.....	30
4. IMPORTANTES DECISÕES SOBRE A MATÉRIA	37
4.1. Decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal.....	37
4.2. Decisões do Tribunal de Contas da União.....	38
4.3. Decisões de outros Tribunais sobre a matéria.....	41
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da responsabilidade do advogado público quando da emissão de pareceres no âmbito do processo licitatório é tema de grande importância para o Direito Público e para a sociedade. Em meio ao número crescente de irregularidades noticiadas nos procedimentos de licitação, demonstra-se ser de relevante utilidade o esclarecimento acerca das questões que envolvem a importância das manifestações dos profissionais jurídicos, favoráveis ou desfavoráveis ao objetivo pretendido, exaradas nestes processos.

A atividade administrativa do Estado, comum aos três poderes, é regida por normas que sustentam a administração pública e estruturam o sistema infraconstitucional. O texto constitucional, em seu artigo 37, arrola os princípios da administração pública: da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que regem o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Quando a atuação estatal vai ao encontro dos interesses da iniciativa privada, surge a figura de contrato administrativo, que é o instrumento legalmente adequado para a formalização dos ajustes entre Estado e particulares, em que se objetiva contratar o particular melhor qualificado para a consecução do objetivo pretendido pela Administração.

Há, na Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), princípio que institui a necessidade de que as aquisições realizadas e as contratações empreendidas pela administração pública sejam precedidas de licitação. No inciso XXI do artigo 37, fica estabelecida, aos entes da Administração, a obrigatoriedade de licitar, *in verbis*:

XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação. (BRASIL, 1988)

Ocorre que, em decorrência da disposição contida no parágrafo único do artigo 38 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 - a Lei Geral de Licitações, as minutas de contratação, acordos, ou convênios pretendidos pela Administração Pública devem ser aprovadas por corpo jurídico de assessoria da Administração.

Eis a determinação legal atinente a este mandamento jurídico:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a

autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente [...].

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL, 1993)

Inferre-se desse dispositivo, portanto, que há exigência legal de manifestação jurídica prévia no curso desse tipo de procedimento.

De outra banda, importa ressaltar que, em razão da obrigatoriedade de estrito cumprimento da legislação, imposta aos procedimentos licitatórios, agentes públicos atuantes nestes processos estão sujeitos à responsabilidade, na hipótese de infração aos preceitos normativos que lhe são inerentes.

É nesse contexto em que se situa a discussão a respeito da responsabilidade da assessoria jurídica que atua no processo administrativo das licitações e contratações. Seria o parecer que aprova a minuta do edital, a dispensa e a inexigibilidade da licitação, um ato administrativo, já que a manifestação ocorre sob a responsabilidade do subscritor, integrando o procedimento licitatório? Ou tratar-se-ia de mera opinião, não ensejando vinculação ao gestor público?

Para o desenvolvimento do debate proposto, deve-se discorrer, primeiramente, sobre a natureza jurídica do parecer exarado na hipótese em tela, que pode ou não vincular as decisões do gestor público no decorrer do processo.

É imperioso, também, discutir a natureza da responsabilidade no âmbito dos processos administrativos, elucidando, em especial, as formas como ela se afigura na atuação dos agentes públicos incumbidos de tais procedimentos.

Diante dos esclarecimentos sobre a questão, será possível discorrer sobre a possibilidade de responsabilização do parecerista público que empreendeu a emissão de tais manifestações, em caso de eventual irregularidade detectada no decorrer do procedimento, e de consequente dano causado à Administração.

Para tanto, serão confrontadas as diversas posições doutrinárias acerca dos pareceres emitidos pelos profissionais da advocacia pública, bem como recentes posicionamentos jurisprudenciais dos órgãos e tribunais competentes para tratar a matéria.

Importa, também, para esta análise, a investigação da figura do Advogado Público. Aspectos importantes sobre o regime jurídico a que se submete, seus deveres

funcionais e as prerrogativas que lhe são conferidos pela legislação constitucional e infraconstitucional para o exercício regular de suas funções, uma vez que sua atuação profissional recebe tratamento particular do direito brasileiro.

Sendo identificados os aspectos apontados e empreendida a correlação entre eles, será possível investigar a admissibilidade de imputação de responsabilidade ao advogado público, quando da ocorrência de danos ao Erário advindos de licitações realizadas sem supedâneo legal ou eivadas de fraudes.

1. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DA NECESSIDADE DE LICITAR

1.1. Aspectos relevantes sobre a Administração Pública e Princípios Constitucionais Administrativos

O Estado brasileiro organiza-se repartindo suas competências e atividades em funções estatais denominadas Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo. Embora tais poderes sejam detentores de competências definidas, todos possuem um traço de atribuições comuns, integradas pela forma de administração pública, que permeia todo o Estado.

Esta atividade administrativa, comum aos três poderes, é regida por normas que sustentam a administração pública e estruturam o sistema infraconstitucional, que se aplica ao âmbito dos três Poderes. Caracteriza-se, então, como uma atividade desenvolvida pelo Estado para a consecução dos interesses coletivos.

Para o constitucionalista José Afonso da Silva (2013, p. 663), Administração Pública é “o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos, preordenados à execução das decisões políticas”. Portanto, por ser meio, é algo de que se serve para atingir fins estabelecidos, denotando dois aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder Público, e as operações, que seriam as atividades administrativas.

No que concerne à expressão Administração Pública, Maria Sylvia Zanella de Pietro (2014, p. 218) ensina que “ela designa a natureza da atividade exercida pelas pessoas, órgãos e agentes públicos; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente o Poder Executivo”.

A administração federal compreende a administração direta, constituída por serviços que integram na estrutura da Presidência da República e Ministérios; e a administração indireta, que corresponde a entidades de Direito Público ou privado, dotadas de personalidade jurídica própria, quais sejam: autarquias, empresas públicas; sociedades de economia mista; fundações públicas.

Tem-se, ainda, que a função administrativa do Estado é imputada a diversas entidades governamentais autônomas, referidas no caput do artigo 37, da Constituição Federal Brasileira, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]. (BRASIL, 1988)

Depreende-se então do dispositivo, a existência de várias administrações públicas: a Administração federal, a de cada estado, a do Distrito Federal e a de cada município. Além disso, como aponta José Afonso da Silva (2013), cada qual dessas administrações descentraliza-se: de um lado, forma-se a administração centralizada, como conjunto de órgãos subordinados diretamente ao Poder Executivo de cada uma daquelas esferas (administração indireta); e de outro lado, os órgãos integrados nas entidades de prestações de serviços ou exploração de atividades econômicas – Administração indireta.

Na atual Constituição Brasileira, foram solidificadas as bases da Administração Pública presentes em textos anteriores, consolidando-se, assim, um catálogo de normas constitucionais de administração pública. Além disso, tanto a Carta Magna, quanto a legislação infraconstitucional consagraram princípios constitucionais fundamentais para a administração pública federal, estadual e municipal.

Sobre isto, interessa mencionar que as referidas normas encontram-se expressamente previstas no art. 2º, da Lei nº. 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração federal, o qual estabelece os princípios que a Administração Pública deve obedecer, *in verbis*:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (BRASIL, 1999)

No âmbito da Administração Pública, merece destaque a aplicação do princípio da legalidade (supremacia da Lei) e da reserva da lei. De acordo com tal princípio, somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Depreende-se também do referido corolário, a ideia de “império da lei”, que submete todo poder e autoridade à soberania das normas. Dessa forma, todo o Direito está constituído sobre o princípio da legalidade, que constitui o fundamento do Direito Público. (MENDES, 2014, p. 860)

Dessa forma, o texto constitucional, em seu artigo 37, ao arrolar os princípios constitucionais da administração pública, culmina na positivação dos fundamentos da atividade administrativa, com o estabelecimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que regem o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal.

Infere-se, nesse sentido, que tais princípios e regras regulam os poderes administrativos, demonstrando-se como verdadeiras limitações à atividade estatal, a fim de

assegurar a correta e uniforme aplicação da lei. É nesse contexto que cabe o corolário de que, enquanto no âmbito privado é lícito praticar qualquer ato que a lei não proíba, na Administração Pública só é permitido fazer o que é autorizado por lei. Construiu-se, nestes termos, a ideia de uma legalidade administrativa como limite ao funcionamento do Estado.

Importante mencionar as palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo (2015, p. 98), quando reitera que os princípios constitucionais devem inspirar a atuação de toda a administração pública:

Reconhecida a força coercitiva dos princípios que regem o ordenamento jurídico, considerando a importância enquanto mola propulsora para as demais regras do sistema, a inobservância a um princípio gera uma ofensa a todo o sistema de comando e não somente um mandamento obrigatório específico.

Há ainda outros princípios limitadores da atuação da Administração Pública que se extraem dos incisos do mesmo artigo, como o da licitação, o da prescritibilidade dos ilícitos administrativos, e o da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público. Para fins deste estudo, será dado especial destaque ao princípio da licitação pública, não sendo necessário aprofundar-se ao desenvolvimento daqueles que dele decorrem, quais sejam: da isonomia, da promoção do desenvolvimento nacional, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Para que se promova a escolha de propostas de contratos de execução de obras, serviços, compras e alienações no âmbito da administração pública, deve ser realizado procedimento administrativo denominado licitação. O princípio da licitação pública significa, de forma sintética, que as referidas contratações e aquisições estão sujeitas, como regra, à seleção das propostas mais vantajosas para a Administração. Como ensina José Afonso da Silva (2013, p. 681), tal regra constitui princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o Poder Público.

Assim, surge da própria Constituição Federal o princípio que institui a necessidade de que as aquisições realizadas e as contratações empreendidas pela administração pública sejam precedidas de licitação. No inciso XXI do artigo 37, fica estabelecida, aos entes da Administração, a necessidade de licitar, *in verbis*:

XXI - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública

que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988)

Convém anotar ainda que, em virtude do disposto na Lei Geral de Licitações, tanto as pessoas de Direito Público de capacidade política, quanto as entidades de suas Administrações indiretas estão obrigadas à licitação pública; ou seja, as autarquias, empresa públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, devem licitar para empreender contratações e aquisições. Tal afirmação também encontra supedâneo no art. 1º, parágrafo único, da Lei 8.666 de 1993, por meio do qual fica estabelecido que as normas ali elencadas aplicam-se aos três Poderes, e que a elas estão sujeitos os referidos entes públicos. Leia-se:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1993)

1.2. Considerações sobre a obrigatoriedade legal de licitar

Diferentemente do que ocorre com os particulares, que gozam de ampla liberdade quando intentam adquirir bens ou contratar serviços, a Administração Pública precisa adotar um procedimento preestabelecido na conformidade da lei, que é a licitação. O fato de a Administração não poder contratar livremente decorre justamente do princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração, bem como da moralidade administrativa (MEDAUAR, 2014, p. 204).

Nesse sentido, pode-se afirmar que, se no âmbito do direito privado predomina a autonomia da vontade, já que as contratações operam-se mediante apresentação de proposta de um indivíduo para outro, que tem liberdade para aceitar, no Direito Público o que ocorre é a possibilidade de formulação de propostas por ofertantes, dentre as quais será selecionada a mais conveniente para a contratação pretendida pela Administração. É o que ensina Di Pietro (2014, p. 374), ao discorrer sobre a matéria:

No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a

uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que for mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.

Sobre o tema, é também pertinente trazer ao debate o didático conceito do professor Celso Antônio Bandeira de Melo (2015, p. 536), que elucida objetivamente o instituto da licitação pública:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas.

No Brasil, a obrigatoriedade de licitar foi imposta por diversos diplomas legislativos, ao longo de sua história. Destaca-se, além da disposição constitucional contida no inciso XXI do artigo 37, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública. Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2011, p. 187) ensina que este diploma contém “regras e princípios derivados de leis anteriores, amoldados aos sistemas da Constituição de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas de fatos históricos ocorridos no início da década de 90”.

Nesse contexto, diretamente filiado ao princípio regulador elencado pela Constituição, o artigo 2º da Lei Geral de Licitações, estabelece a licitação como regra fundamental, admitindo sua ausência somente por exceção. Leia-se:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, 1993)

Conforme já comentado, os órgãos da administração indireta também estão obrigados à licitação, por força do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.666/93. Convém ressaltar aqui que, quando as aquisições, serviços ou alienações envolvam recursos ou bens repassados pela União, entidades privadas também estarão submetidas à Lei Geral de Licitações; é o que ocorre no caso das Organizações Sociais, das Organizações Sociais da Sociedade Civil de Interesse Público, das fundações de apoio ou quaisquer outras entidades do terceiro setor que detenham essa característica.

É de bom alvitre registrar, ainda, que a Lei de Licitações prevê cinco modalidades de licitação, que se encontram elencadas e definidas nos cinco primeiros

parágrafos do artigo 22 do referido diploma. Tratam-se, então, as modalidades, de espécies oriundas do gênero licitação. Vale ressaltar que a legislação veda a criação de outras modalidades.

No entanto, para o objetivo deste estudo, não será necessário detalhamento no que concerne às referidas modalidades, visto que, em todas elas, a manifestação jurídica é legalmente exigida. Apenas para explanação, transcreve-se o dispositivo:

Art. 22. São modalidades de licitação:
I - concorrência;
II - tomada de preços;
III - convite;
IV - concurso;
V - leilão.
(BRASIL, 1993)

Também não se pode deixar de mencionar, ainda que para a presente análise não seja necessário adentrar-se à minuciosa explanação do tema, que apenas são licitáveis os objetos que possam ser fornecidos por mais de um fornecedor, pois a licitação pressupõe disputa, competição entre os proponentes. Na hipótese de determinado objeto apresentar singularidade, sem que se encontre equivalente que resulte em unidade de proposta, ou no caso de haver apenas um ofertante, diz-se que há inviabilidade de realização de certame

Em razão da variedade de casos onde não é cabível a realização de certame licitatório, a legislação prevê casos de dispensa de licitação ou de sua inexigibilidade; hipóteses elencadas, respectivamente, nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666, de 1993. Ressalte-se que, para os casos em que a licitação poderá ser afastada, o legislador estabeleceu hipóteses taxativas, dispostas nos incisos constantes dos artigos mencionados, não sendo possível instituir-se arbitrariamente hipóteses de dispensa de licitação.

Contudo, o que importa para estudo é esclarecer que, por força da determinação legal do artigo 38 da Lei de Licitações, cujo dispositivo será amplamente discutido nos capítulos seguintes, a prévia análise jurídica é obrigatória tanto nos casos de realização de certame licitatório, quanto nas referidas situações de admissibilidade de contratação direta, previstas por lei.

Isso porque, assim como na realização das licitações, a contratação direta também pressupõe um prévio procedimento formal para se chegar à escolha mais vantajosa para a Administração, sem margem de discricionariedade no que diz respeito às formalidades exigidas. Sendo assim, como regra, a contratação direta também se submete a um procedimento

administrativo. Sobre isto, é válido anotar o que salienta Marçal Justen Filho (2011, p. 225), ao tratar do tema:

A contratação direta submete-se a um procedimento administrativo. Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível.

1.3. Da licitação como processo administrativo

A Lei Geral de Licitações acentua a natureza procedimental da licitação pública, uma vez que institui uma série preordenada de atos, cujo descumprimento da sequência estabelecida acarreta vício do procedimento como um todo. Nesse contexto, como bem aponta Gilmar Mendes Ferreira (2014, p. 862) alude-se a um “devido procedimento legal licitatório”-fazendo-se um paralelo com a figura do “devido processo legal”, que restringe a arbitrariedade nas decisões por meio de uma série ordenada de formalidades.

Nesse contexto, aduz-se que, melhor definido como instrumento jurídico para a realização de valores fundamentais, deve-se ter em vista que a licitação não apresenta fins em si próprios. A realização das formalidades que lhe são inerentes não satisfazem os interesses protegidos pela Lei de forma automática. A ideia central é de que a observância de formalidades legais acarreta a mais adequada e satisfatória realização dos fins buscados pela lei.

Sobre isto, leia-se o que aponta Di Pietro (2014, p. 421), acerca do entendimento de licitação como processo administrativo:

Ao falar-se em procedimento licitatório, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual.

Esclarece também a compreensão de licitação pública como processo administrativo Odete Medauar (2014, p. 204), quando aponta o seguinte:

É um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes – interessados no processo, que dele participam, perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus e sujeições.

Considerando-se, então, a ideia de atos e fases preordenados que integram o procedimento licitatório, importa ainda registrar que, em toda licitação, há duas etapas distintas - a fase interna e a fase externa.

Na fase interna, são praticados atos necessários à definição da licitação e do contrato a ser firmado, no âmbito da Administração. Nesta etapa, os atos serão destinados à verificação da necessidade e da conveniência da contratação de terceiros, definição do objeto do contrato e verificação da presença dos pressupostos legais da licitação, quais sejam a definição da modalidade e elaboração do instrumento convocatório.

Na fase externa, são realizados os atos diretamente relacionados à seleção do contratante que apresentou proposta mais vantajosa. Em apertada síntese, corresponde à etapa em que, dando-se ciência a interessados sobre a existência da licitação, para que formulem propostas, culmina-se na escolha da proposta mais adequada, após a verificação da adequação da proposta ao objeto licitado e das condições legalmente exigíveis de habilitação dos proponentes.

É no contexto da fase interna que se localiza o cerne da discussão proposta; determina o caput do artigo 38, da Lei 8.666/93, que o procedimento licitatório deve se iniciar com a abertura de processo administrativo, onde serão autuados, ao longo do procedimento, todos os atos relacionados à licitação. Leia-se:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente [...]. (BRASIL, 1993)

Dessa forma, ordenados no processo os documentos relativos à prática dos atos indispensáveis à realização da licitação, estes deverão, em razão da determinação do parágrafo único, do artigo 38, ser analisados por assessoria jurídica, que emitirá parecer técnico-jurídico sobre a contratação pretendida. Leia-se:

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL, 1993)

Dito isto, depreende-se que o art. 38 estabelece verdadeiro rito a ser seguido quando da realização de um procedimento licitatório. Cabe ressaltar que, uma vez autuado o processo e comprovados os recursos orçamentários destinados à contratação pretendida, o órgão jurídico não poderá abster-se de examinar todos os atos realizados no deslinde processual, restringindo-se apenas à análise das minutas colacionadas pelo gestor.

Amplamente discutida no âmbito da doutrina de Direito Administrativo, a questão da análise integral do processo licitatório é bem apontada por Edgar Guimarães (2010,

p. 59), quando ensina que “o controle interno das Licitações Públicas não é apenas formal, mas apresenta conteúdo material e substancial vinculado à ideia de legalidade ampla”.

De fato, o edital é parte integrante de um processo, e apenas se justifica sua existência se assim considerado, não sendo capaz de produzir efeitos por si só. A mera leitura do edital, sem se considerar os documentos que o precedem nos autos, não possibilita que o assessor jurídico verifique, adequadamente, se há omissões ilegais no planejamento da contratação ou exigências que estejam em desacordo com as disposições legais.

É certo, então, que a minuta de edital não pode ser examinada como se fosse peça autônoma; devem os autos do processo licitatório ser remetidos integralmente à assessoria jurídica, pois o controle dos atos administrativos, realizado internamente, não se restringe apenas a aspectos formais processuais.

Inferre-se desse argumento que, assim como o gestor não pode desconsiderar etapas necessárias ao processo, passando as minutas elaboradas diretamente ao crivo jurídico, não deve o consultor jurídico, de igual forma, abster-se de examinar o processo licitatório em sua integralidade, oportunidade em que procederá ao controle da consistência das motivações dos atos administrativos perpetrados.

No decorrer deste debate, será discutida a hipótese de vinculação do parecer emitido pela assessoria jurídica às decisões tomadas pelo gestor no deslinde do processo administrativo de licitação. O Tribunal de Contas de União, como veremos, entende que tal manifestação constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada.

Nesse diapasão, para o desenvolvimento da análise proposta, fazem-se necessários determinados esclarecimentos a respeito da natureza jurídica do parecer exarado no âmbito dos procedimentos administrativos de licitação pública, o que possibilitará a discussão acerca de sua vinculação quanto às decisões tomadas pelo administrador na consecução do processo e o nível de responsabilidade que poderá ser imputada ao parecerista que o emitiu.

2. ENTENDIMENTOS SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PARECER

2.1. Classificação doutrinária e natureza jurídica do parecer jurídico

Primeiramente, importa asseverar que, em que pese a existência de outras concepções para o termo *parecer* que possam ser semanticamente identificadas, interessará para o debate proposto o aprofundamento de uma concepção restritivo-jurídica do termo, da qual se extrai o parecer técnico-jurídico, com enfoque àquele exarado em processo licitatório, objeto deste estudo.

Sendo assim, se faz necessário elucidar algumas definições doutrinárias atinentes à questão da natureza jurídica dos pareceres emitidos pelos profissionais da advocacia e os recentes posicionamentos jurisprudenciais dos tribunais competentes para tratar a matéria, uma vez que, a partir dessas bases, se depreendem ideias importantes à construção do posicionamento desta pesquisa frente ao debate proposto.

Segundo Oliveira (2007, p. 58), os pareceres jurídicos podem ser considerados espécies de atos administrativos, uma vez que, embora não nasçam da vontade do administrador, acabam recebendo igual tratamento normativo. Ressalte-se, no entanto, que há opiniões divergentes sobre o assunto, como a de Cretella Júnior e Carvalho Filho, para os quais os atos de opinião e juízo emitidos por agentes públicos não seriam considerados atos administrativos.

Em verdade, a despeito de se reconhecer que os pareceres não são derivados da vontade do administrador, não há motivação para excluí-los do conceito de ato administrativo. Tais atos exteriorizam, frequentemente, uma declaração de pensamento, por meio da realização de todo um processo, devendo, portanto, ser classificados como atos administrativos.

Sobre os tipos de parecer, decisão paradigmática da Supremo Tribunal Federal, discutida de forma mais detalhada em momento posterior deste trabalho, estabelece classificação aceita por grande prante da doutrina de Direito Administrativo. Assim, são reconhecidas três espécies de parecer: a) parecer facultativo; b) parecer obrigatório e c) parecer vinculante.

O parecer obrigatório seria aquele imprescindível à concepção do ato administrativo. Caracteriza-se pela obrigatoriedade legal da manifestação prévia da assessoria

jurídica, caso em que o administrador público pode submeter o ato a nova análise ou discordar em ato motivado.

Nesse sentido, tem-se que a obrigatoriedade concerne à solicitação do parecer. Assim, se há lei que exija emissão de parecer jurídico como pressuposto para a prática do ato a que se destina, diz-se que o parecer é obrigatório.

Sobre isto, vale anotar as palavras de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 177), que bem explicitam esta hipótese:

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da administração.

Já o parecer facultativo seria aquele de caráter meramente opinativo, tendo o poder apenas de sanar dúvidas do gestor público a respeito do assunto submetido à análise da consultoria jurídica; a Administração, portanto, estaria dispensada de seguir a orientação. O critério de Di Pietro (2012, p. 237) para classificar o parecer facultativo traz ainda outro aspecto, quando afirma que “o parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não”.

Consistem, portanto, os pareceres facultativos, em opiniões emitidas por consultor jurídico sobre matéria submetida à sua apreciação, sem a necessária existência de norma jurídica que imponha sua solicitação.

Por sua vez, considerando o cerne do tema em debate, merece destaque a discussão que circunda o parecer vinculante. Trata-se daquele que atrela o gestor público à sua conclusão, obrigando-o a acolhê-la. É um tipo de parecer que, por impor o acolhimento de seu arremate à Administração, poderia restar descaracterizado em sua natureza, já que perderia seu cunho opinativo. Questiona-se, aqui, se o Advogado Público acabaria por decidir acerca do ato, restando ao Administrador Público realizá-lo em conformidade com a orientação exarada. Seria o caso de se exigir parecer no sentido favorável para que o gestor pudesse atuar.

Assim, vinculante seria a espécie de parecer o qual não apenas deve solicitá-lo a Administração ao órgão consultivo, mas também deve executar o ato conforme a manifestação exarada pelo parecerista, sob pena de se incorrer em ilegalidade.

Este conceito, à primeira vista, parece aproximar o parecer vinculante de uma decisão, já que se exige, para esta hipótese, parecer favorável que autorize a atuação do gestor.

Restaria demonstrada certa contradição quanto à natureza do parecer, o fato de este vincular outros agentes; questiona-se, aqui, se há ausência ou mitigação do espírito de juízo de valor que, em tese, deveria preponderar nas manifestações jurídicas em comento.

Sobre isto, é interessante anotar a doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 89), que elucida o assunto.

Alguns autores equiparam o parecer vinculante à autorização, ou aprovação prévia, e, portanto, o consideram ato ativo, e outros como elemento constitutivo de ato complexo [...]; contudo, improcede a inclusão, por eles feita, entre os adeptos da primeira orientação [...]; em certos casos constantes da legislação italiana, o parecer vinculante apenas funciona como uma espécie de autorização, mas a seguir esclarece que não é propriamente tal, pois continua a ser expressão de um juízo.

A questão que se coloca diante desta premissa, é saber em quais situações se vislumbra a hipótese acima descrita, ou seja, os casos concretos em que o parecer exarado limita ou restringe a atuação do gestor público à orientação ali contida. Importante entendimento sobre a matéria traz o voto do Relator Joaquim Barbosa, em sede do Mandado de Segurança STF- MS 24.631-6/DF. Leia-se:

CONSTITUCIONAL.ADMINISTRATIVO.CONTROLE EXTERNO.
AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE
AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE
NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.
I- Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. (BRASIL, 2003)

Parece claro, então, que pode o parecer jurídico ter caráter vinculante quando lei, regulamento, ou despacho normativo determinar, expressamente, que o conteúdo do parecer restringe de forma imperativa os atos decisórios do administrador. É este entendimento que traz à baila a possibilidade de uma corresponsabilidade imputada ao Advogado Público quando da decisão tomada pelo gestor público, se ela esteve adstrita aos ditames do parecer elaborado.

Nesse contexto, ganha importância a discussão acerca da natureza jurídica do parecer jurídico emitido por advogado público no âmbito das licitações e contratações. A arguição proposta é se o parecer que aprova a minuta do edital, a dispensa e a inexigibilidade da licitação, vincula o gestor consultante ao seu conteúdo, integrando o procedimento licitatório, o que poderia ensejar, em alguma medida, responsabilidade do subscritor consultado, emitente da manifestação.

2.2. A emissão do parecer jurídico no processo licitatório

Conforme o pensamento de Hely Lopes Meirelles (2009, p. 273), atos administrativos enunciativos são todos aqueles em que a Administração se limita a cientificar ou a atestar um fato, ou emitir uma opinião sobre determinado assunto, sem se vincular ao seu enunciado. Nesse sentido, o parecer tratar-se-ia de uma opinião de um especialista consultado em resposta a uma consulta.

De acordo com essa compreensão, deveria ser entendido o parecer jurídico como uma opinião emitida por um jurista, sobre questões de ordem estritamente jurídica, levando a uma possível solução a ser adotada. Tais manifestações serviriam, via de regra, para esclarecer os órgãos da Administração, na consecução dos seus objetivos.

Ocorre que, quando se trata de pareceres emitidos em situações especiais, legalmente tipificadas, a despeito da natureza opinativa do parecer, propagada por parte da doutrina, deve-se levar em consideração as especificidades do caso concreto e atentar-se à natureza jurídica da manifestação expedida.

Ora, conforme já se discutiu em questões anteriores, no âmbito do processo licitatório, o parecer jurídico é elemento obrigatório, tanto nas hipóteses de contratação direta, quanto para o exame e aprovação de minutas de editais, contratos, acordos, convênios e outros ajustes. Constitui dever do advogado público, no desenvolvimento do exame empreendido, se manifestar motivadamente sobre os aspectos da licitação ou da contratação direta, quando identificar afronta aos princípios administrativos.

Eis a determinação legal atinente ao mandamento jurídico em comento:

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente [...].

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL, 1993)

Diante dessa premissa, torna-se clara a compreensão de que é condição indispensável o exame da legalidade dos procedimentos empreendidos na licitação, em sua fase interna. A ausência do parecer prévio constitui irregularidade no procedimento. Nesses termos, a lei atribuiu às assessorias jurídicas a função atípica de aprovar ou desaprovar as minutas.

A mencionada manifestação prévia constitui, inclusive, condição para a validade das minutas, uma vez que não há como sanar sua ausência com apresentação de manifestação posterior. Deve ela integrar o processo de licitação, sob pena de não poder servir de fundamento à decisão do gestor público.

Sobre isto, ao discorrer sobre a responsabilidade dos agentes públicos atuantes em licitações e contratos, apontam Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti (2012, p. 138):

Cumprir à assessoria jurídica, ao examinar e aprovar as minutas que lhe são encaminhadas, manifestar-se quanto à legalidade de seus dispositivos ou cláusulas, orientando o gestor público a adotar regras e a proceder segundo os princípios e normas aplicáveis.

Seguindo esta premissa, a manifestação da assessoria jurídica seria então obrigatória, mas não vinculativa para o administrador público. Se este apresentar razões de fato e direito, poderia dela discordar. Se acolhida, passará a integrar a motivação do gestor. Sobre isto, importa transcrever trecho de decisão do Tribunal de Contas da União, ao tratar de matéria atinente à natureza jurídica do parecer:

O processo de tomada de decisão é complexo e não se circunscreve meramente ao conteúdo do parecer jurídico, lavrado, muita vez, com desiderato certo, previamente estabelecido, de acordo com anterior determinação recebida. O parecer deve apenas ser mais um elemento orientador para decisão correta e não o fundamento único para a autorização de pagamentos, em moldes ilegais. [...] O parecer jurídico não impõe conduta ao orientador de despesas e a responsabilidade pelo ato deve ser analisada caso a caso. (BRASIL, 2003)

De acordo com este posicionamento, apesar de ter o dever de remeter o processo à análise da assessoria jurídica, poderia a autoridade gestora discordar das orientações exaradas, fundamentadamente, de modo que se sustente seu entendimento diverso, bem como, se instruir o processo com novos elementos, encaminhá-lo à consultoria jurídica para nova manifestação.

Sobre a natureza da emissão de pareceres jurídicos em procedimentos licitatórios e a atuação do parecerista ante a insuficiência de elementos necessários a integrar o processo licitatório, discorrem ainda Pereira Júnior e Dotti (2012, p. 139):

Não raro, gestores públicos encaminham processos licitatórios, de contratação direta ou consultas às assessorias jurídicas, desprovidos de elementos necessários ao exame jurídico, ou com dados genéricos, no intuito de obterem pareceres favoráveis às suas verdadeiras pretensões [...] A assessoria jurídica deve precaver-se a esse respeito, solicitando da Administração os necessários elementos à formulação da manifestação jurídica, evitando basear-se em presunções ou suposições.

Ocorre que, embora se reconheça a pertinência desse argumento, deve-se levar em consideração que a manifestação jurídica de pareceristas públicos em processo de licitação, por muitas vezes, pode vir a legitimar a celebração de contratos administrativos eivados de irregularidades. Há relatos, como se observará nos julgados transcritos em capítulo posterior, de situações diversas em que ocorreram graves fraudes contra o Erário baseadas em pareceres jurídicos favoráveis ao cometimento de ilícitos administrativos.

No capítulo relativo à demonstração de importantes julgados sobre a matéria, veremos que há casos concretos levados à apreciação do Tribunal de Contas da União, de pareceres que fundamentaram reajustes ilegais em contratos, contratações indevidamente realizadas sem procedimento licitatório, pagamentos impróprios e toda uma sorte de irregularidades que causaram prejuízo ao patrimônio público.

Investiga-se, então, se tal situação pode indicar, no caso de parecer de caráter vinculante, se estes advogados poderiam ser responsabilizados por danos causados à Administração Pública, advindos da ausência de requisitos legalmente exigidos para a validade do ato administrativo que se pretendia empreender.

Sobre isto, vale registrar que o posicionamento do TCU tem sido no sentido de consolidar a ideia de que o parecer constitui fundamentação jurídica que integra a motivação da decisão adotada pelo gestor. Por isso, deve ser considerado na verificação da legalidade dos atos da Administração.

Nesse sentido, é válido verificar trecho do paradigmático Acórdão TCU 1427/2003, Segunda Câmara, no âmbito do Processo nº 016.927/000-4, no qual o Relator proferiu:

O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, **constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada,**

estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal. (grifo nosso). (BRASIL, 2003)

Nesta via de compreensão, o próximo capítulo abordará o grau de responsabilidade do advogado público pela emissão da referida manifestação, nas hipóteses de comprovado prejuízo ao Erário. Serão apresentados recentes entendimentos do TCU quanto à possibilidade de tal imputação, frente às prerrogativas garantidas pela Constituição Federal ao profissional da advocacia, no exercício de suas atribuições.

3. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO PELA EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO

3.1. Da responsabilidade dos agentes públicos atuantes em licitações e contratos

Em seus artigos 121 e 122, a Lei 8.112/90, que dispõe o estatuto dos servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece as esferas e as medidas de responsabilidade do servidor público que se sucedem ao descumprimento da lei e dos contratos administrativos. A fórmula é simples: se o agente descumprir o seu dever, deve responder pelo descumprimento. Leia-se:

Art. 121. O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições.

Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida

Art. 123. A responsabilidade penal abrange os crimes e contravenções imputadas ao servidor, nessa qualidade.

Art. 124. A responsabilidade civil-administrativa resulta de ato omissivo ou comissivo praticado no desempenho do cargo ou função.

(BRASIL, 1990)

Há ainda sanções dispostas na Lei 8.429/92, em razão da prática de atos de improbidade administrativa e decorrentes das ações do controle exercido pelo Tribunal de Contas da União, que são aplicáveis também aos agentes públicos envolvidos em contratações administrativas; noutra seara, observam-se também reprimendas impostas aos agentes públicos por ações que infrinjam a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei nº 101/2000).

Interessante perceber-se também que, no direito, o vocábulo responsabilidade relaciona-se à ideia de que o indivíduo deve responder perante o ordenamento jurídico em decorrência de certo fato anteriormente existente; seja o fato ação ou omissão, deve ser ele o vetor da responsabilidade. É o que bem ensina José dos Santos Carvalho Filho, quando discorre sobre a responsabilidade dos agentes públicos:

De um lado, **a ocorrência do fato é indispensável, seja ele de caráter comissivo ou omissivo**, por ser ele o verdadeiro gerador dessa situação jurídica. Não pode haver responsabilidade sem que haja um elemento impulsionador prévio. De outro, **é necessário que o indivíduo a que se impute responsabilidade tenha a aptidão jurídica de efetivamente responder** perante a ordem jurídica pela ocorrência dos fatos. (grifo nosso).

Desse modo, como ensina Odete Medauar (2013, p. 59), se a conduta inadequada do agente afeta a ordem interna dos serviços e vem caracterizada como infração ou ilícito administrativo, cogita-se, então, da responsabilidade administrativa, que poderá levar o agente a sofrer sanção administrativa. Essa responsabilidade é apurada no âmbito da administração, mediante processo administrativo e a possível sanção é aplicada também nessa esfera.

Entende-se, portanto, que os agentes públicos atuantes em licitações e contratações sujeitam-se a imputação de responsabilidade, tanto por infração às normas gerais da administração concernentes ao gasto público, quanto por descumprimento de obrigações contratuais. Trata-se de verificação de regularidade da gestão da despesa pública, cuja fiscalização cabe ao Tribunal de Contas da União.

É válido afirmar, portanto, que se houver gestão pública, haverá obrigações a serem cumpridas; e que a inobservância de tais obrigações ensejará responsabilidade. Assim, quaisquer agentes públicos podem responder pelas obrigações inerentes aos seus cargos, em quaisquer esferas de gestão que venham a atuar. Conveniente trecho da obra de Pereira Júnior e Dotti (2012, p. 138), ao discorrer sobre a responsabilidade dos servidores, bem explicita este entendimento:

Não há, nem pode haver nichos de irresponsabilidade; os agentes serão chamados a responder por descumprimento que abalem a satisfação do interesse público, violem a ordem jurídica ou arranhem direitos fundamentais.

Nesse contexto, não se pode deixar de registrar que a responsabilidade dos agentes públicos atuantes em licitações decorre tanto da prática de atos praticados na fase interna da licitação, quanto da fase externa. Assim, tanto a realização de pesquisa de mercado, confecção de termo de referência ou a elaboração de instrumento convocatório que venham a restringir a competitividade do certame, quanto a atuação da comissão de licitação em desacordo com as normas podem ensejar responsabilidade administrativa de tais agentes. E estes são apenas exemplos de situações que suscitam apuração de responsabilidade, no caso de evento danoso ao patrimônio público.

Sobre isto, cabe citar o dispositivo da Lei 8.666/93 que dá fundamentação à imputação de responsabilidade administrativa aos agentes públicos, na esfera das licitações públicas. Leia-se:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar. (BRASIL, 1993).

Aduz-se, portanto, que por força legal, todos os agentes envolvidos no deslinde do processo licitatório estão sujeitos a imputação de responsabilidade e consequentes sanções administrativas, em se constatando irregularidades decorrentes da inobservância de preceitos que norteiam o procedimento. Como a licitação trata da consecução de um ato administrativo, a verificação de legalidade do ato, em via de controle de externo, não se restringe ao exame das decisões das autoridades gestoras, mas alcança todos os que contribuíram para o seu empreendimento, em todas as etapas do processo.

3.2. Do alcance da atuação do advogado público pelo controle externo

Como já se mencionou, no âmbito do processo licitatório, a assessoria jurídica está sujeita ao controle externo exercido pelo TCU, mesmo sem exercer atos de gestão. Isso porque, uma vez que a manifestação jurídica exarada integra o ato administrativo, seu emissor está sujeito ao controle exercido pela Corte de Contas sobre a Administração, por enquadrar-se como agente administrativo.

A esse respeito, o artigo 84 da Lei 8.666/93 consolida o entendimento sobre a amplitude de alcance do conceito de servidor público. Assim dispõe:

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1º. Equipare-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim, consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle direto ou indireto do Poder Público.

(BRASIL, 1993)

Sob esse prisma, não há como excluir o parecerista público do rol do alcance da apuração de responsabilidade administrativa, quando da verificação de irregularidades na consumação de ato administrativo em licitação pública. Assim como todos os agentes que, em alguma medida, tenham contribuído para o empreendimento do ato, seja realizando pesquisa de preços, confeccionando projetos básicos ou termos de referência devem ter suas condutas apuradas, o posicionamento do advogado público, que contribuiu para a consumação do ato

com a elaboração de parecer favorável, deve ser levado à apuração de responsabilidade em vias de controle externo.

É certo que a legislação brasileira assegura garantias ao advogado, visando a uma eficaz atuação profissional; o artigo 133 da Constituição Federal garante-lhe inviolabilidade por suas manifestações, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, estabelece os contornos dessa inviolabilidade. Eis alguns dispositivos que traduzem os direitos do advogado:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei. (BRASIL, 1988)

[...]

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;

[...]

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. (BRASIL, 1994)

Ainda no que tange aos direitos e obrigações legalmente atribuídas ao advogado, vale registrar o que a Lei nº 73, de 10 fevereiro de 1993 – Lei Orgânica da AGU, dispõe sobre a atividade de consultoria dos advogados públicos, no âmbito da Administração Pública Federal. Assim dispõe o art. 11 da referida lei:

Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI-examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

- a) **os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;**
- b) **os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.** (BRASIL, 1993)

No que concerne à atividade de consultoria, o parecerista deve manifestar-se com independência técnica e profissional, resguardando-se seu direito a imunidade em relação a seus entendimentos, manifestações e pronunciamentos emitidos em seus pareceres administrativos de forma a preservar-se, assim sua imparcialidade e da própria instituição.

Importa registrar, no entanto, que a imunidade profissional pelas manifestações no exercício da atividade, garantida ao profissional pelo direito brasileiro, não deve ensejar irresponsabilidade absoluta do advogado; uma vez que suas manifestações sirvam de respaldo à atuação do administrador, a Corte de Contas as examina, da mesma forma que apura quaisquer atos que de alguma forma possam ter concorrido para o cometimento de irregularidades na gestão pública.

A jurisdição do Tribunal de Contas da União abrange todos aqueles agentes que deram causa a danos ao Erário. É sob esse prisma que algumas decisões do TCU responsabilizam os pareceristas públicos de modo solidário, quando constatado o cometimento de irregularidades em licitações públicas com supedâneo em manifestações favoráveis da consultoria jurídica do órgão.

Conforme será verificado no próximo capítulo, de acordo com a recente jurisprudência das cortes superiores, o fato de o advogado público não exercer função de execução administrativa ou gerenciar bens públicos não enseja sua isenção do arrolamento de agentes sob jurisdição do TCU, já que seu ato insere-se no julgamento de contas dos gestores de despesas públicas. Nesse contexto, deve-se verificar a medida de responsabilidade a ser imputada ao parecerista em caso de dano ao erário, cujo fundamento tenha sido parecer jurídico exarado no deslinde do procedimento licitatório.

3.3. Da possibilidade de imputação de responsabilidade ao advogado público à luz do Supremo Tribunal Federal

Uma vez constatada a ocorrência de ilícitos administrativos e prejuízos ao erário nos processos de licitações, coexistindo com manifestações jurídicas favoráveis ao empreendimento do ato administrativo sob apuração, entende o Supremo Tribunal Federal que, nessa esfera de responsabilidade, é imprescindível constatar-se a existência de nexo de causalidade entre os fundamentos de um parecer eivado de omissão ou tendencioso, que tenha concorrido para o dano erário, ou possibilitado sua ocorrência, e a irregularidade examinada.

O STF entende que a imunidade profissional dos consultores jurídicos está sujeita aos princípios da legalidade e da eficiência. Ao analisar questão relativa ao tema, manifestou-se a Suprema Corte da seguinte maneira:

Advogado público. Responsabilidade. Art. 38 da Lei 8.666/1993. Tribunal de Contas da União. Esclarecimentos. Prevendo o art. 38 da Lei 8.666/1993 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes **não se limita a simples opinião, alcançando a aprovação, ou não**, descabe a recusa à convocação do TCU para serem prestados esclarecimentos. (grifo nosso) (BRASIL, 2014)

Depreende-se da decisão que, quando o parecer jurídico se revelar como vetor que ensejou a prática do ato danoso, o autor da manifestação estará alcançado pela jurisdição do TCU, em sede das diligências de auditoria da atividade da Administração Pública.

Nesse contexto, o Ministro Joaquim Barbosa manifestou-se no sentido de não se admitir irresponsabilidade absoluta do advogado público, quando da auditoria realizada pela Corte de Contas. Alertou ainda que, além da necessidade de perquirição de nexo de causalidade entre o parecer e o ato do gestor público, a fim de se verificar se aquele foi determinante à decisão deste, deve-se comprovar a atuação culposa do parecerista. Segue trecho do voto do Ministro:

Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato

administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo **demonstração de culpa ou erro grosseiro**, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. (grifo nosso) (BRASIL, 2014)

Nesse toar, deve-se levar em conta que, no caso da manifestação emitida nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei geral de Licitações, não se trata o parecer jurídico de peça meramente opinativa, mas, em caráter excepcional, configura ato administrativo de aprovação das minutas submetidas ao crivo jurídico. Vislumbra-se, neste caso, a possibilidade de responsabilização solidária do parecerista público com o gestor. O voto do Ministro Marco Aurélio nos autos do Mandado de Segurança n. 24.584-1 – DF, acompanhado pela maioria dos membros, consolida este entendimento.

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, **a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerando não só o crivo técnico implementado**, como também o ato mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. (grifo nosso) (BRASIL, 2007)

De fato, no âmbito dos processos de licitação, o crivo jurídico parece determinar que o ato administrativo pretendido só deve ser consumado se atendidos os apontamentos empreendidos pelo parecerista, em sua manifestação. Por óbvio, o parecer exerce, nesses casos, certo poder de vincular os atos do gestor às condições impostas pelo consultor jurídico.

Cabe citar, para melhor explanação da questão levantada, trecho de parecer exarado pela Coordenação Jurídica de Licitações e Contratos - assessoria jurídica atuante no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, em sede de apreciação de atos administrativos e minutas de edital e contrato, relativos a procedimento licitatório para aquisição de bens considerados essenciais àquele órgão. Em sua conclusão, o Parecer PGFN/CJU/COJLC Nº 107/2016, colacionado aos autos do processo administrativo de nº 10951.000881/2015-68 traz a seguinte redação:

Diante do exposto, e **desde que respeitadas as observações deste Parecer**, entende-se que as minutas de Edital e Anexos, ora rubricadas tão somente com o intuito de identificar a documentação examinada, guardam conformidade com a legislação em **vigor que rege as licitações e contratos**

administrativos, motivo pelo qual opinamos pela sua aprovação. (grifo nosso). (BRASIL, 2015)

Redação similar, da qual também se depreende teor vinculante, traz o Parecer 02/2013/CPCL/DEPCONSU/PGF/AGU, exarado pela Advocacia-Geral da União – AGU, quando, ao orientar o gestor consultivo, lista condições para consumação da contratação de serviços pretendida. Verifique-se o seguinte trecho, extraído da parte final da manifestação:

Na contratação do gerenciamento de frota, **deve a Administração adotar as seguintes recomendações**, a fim de resguardar compatibilidade do procedimento com regime jurídico das contratações públicas: b.1) utilizar critério de julgamento não só em relação ao serviço de gerenciamento, mas também em relação aos bens serviços decorrentes do contrato; b.2) evitar que a pesquisa ou cotação de preços de mercado que se faça necessária no curso do contrato fique critério única exclusivamente da empresa contratada, observando, nessa pesquisa, os termos do Parecer Nº 02/2012/GT359/DEPCONSU/PGF/AGU; b.3) não exigir apresentação de rede credenciada na fase de habilitação, mas sim fixar no edital prazo hábil à vencedora para que apresente relação conforme exigências do instrumento convocatório. (grifo nosso) (BRASIL, 2015)

O conteúdo dos pareceres expostos demonstra, a título exemplificativo, que muitos pareceres exarados em processos licitatórios acabam por vincular os atos do gestor público às orientações perpetradas pelo parecerista. Não seria conveniente, nesse contexto, responsabilizar apenas o gestor por eventual irregularidade constatada na consecução do ato, na hipótese de ter ele agido em estrita observância à orientação exarada; a solidariedade entre os agentes mostra-se, como aduziu a Suprema Corte, a solução mais coerente na apuração de responsabilidade.

Deve-se levar em consideração, no entanto, que a responsabilidade dos agentes públicos é subjetiva. Por isso, perante o TCU, além da comprovação da prática de ato ilícito na gestão dos recursos públicos e do nexo de causalidade entre a atuação do agente e o resultado danoso, requer-se a demonstração do elemento subjetivo – dolo ou culpa na consecução do ato, para que lhes seja imputada responsabilidade administrativa.

Este é o entendimento emanado pelo STF, conforme se depreende do seguinte julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei n. 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. — Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que

o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. — **O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados aos seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo:** Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. — Mandado de Segurança deferido. (grifo nosso) (BRASIL, 2003)

Assim, entende-se que não há razoabilidade em se atribuir responsabilização ao advogado público a título de culpa, tendo ele agido com os cuidados exigidos para a hipótese; a responsabilidade, que deve ser imputada de forma solidária entre o parecerista e o gestor, só pode ocorrer, portanto, se for constatada má-fé, culpa grave, dolo, ou erro grosseiro por parte do consultor, na elaboração da manifestação.

Um parecer bem fundamentado exclui a culpabilidade, tanto do parecerista, quanto do gestor, que se embasou na manifestação para praticar o ato. Já um parecer desarrazoado, no qual se verifique erro grosseiro ou fundamentação escassa, pode levar à responsabilização solidária entre consultor e consultante.

Tamanha é a importância da adequada fundamentação do parecer jurídico, que se verifica, no âmbito das administrações, a possibilidade de não-aprovação da manifestação exarada pela parecerista, por parte de superior hierárquico. Noutras palavras, na estrutura do órgão jurídico, aquele que se encontre em grau hierárquico superior ao do emissor do parecer, pode dele discordar; hipótese em que formaliza a discordância, solicitando ao assessor jurídico o reexame, ou complementação da manifestação.

Confirmam o argumento as palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2003 p. 50), quando ensina que “se o ato contiver vício de legalidade ou não se coadunar com a orientação administrativa, pode o agente superior revê-lo para ajustamento a essa orientação ou resguardar a legalidade”.

Sobre isto, importante reproduzir-se trecho da Portaria AGU – Nº 1.399, de 5 de outubro de 2009, que dispõe sobre as manifestações jurídicas dos órgãos de direção da Advocacia- Geral da União, em seu art. 9º:

Art.. 9º. Caso o superior hierárquico **não aprove a manifestação jurídica emitida, poderá solicitar o seu reexame ou emitir manifestação própria.** § 1º Quando, após o reexame, for constatada **a insuficiência da manifestação jurídica** suplementar, a matéria poderá ser redistribuída a outro profissional da área jurídica da Unidade hierarquicamente subordinada à autoridade. (grifo nosso) . (BRASIL, 2009).

No mesmo artigo da Portaria, o parágrafo 2º esclarece de forma objetiva a hipótese em que o superior hierárquico pode e deve apontar vício de legalidade ou inadequação do parecer, e solicitar seu reexame. Leia-se:

§ 2º Considera-se **insuficiente a manifestação** jurídica que:

I – não aborde integralmente o tema objeto da consulta;

II – careça de fundamentação jurídica bastante a respaldar as suas conclusões;

III- apresente incongruência entre as conclusões e os fundamentos jurídicos manjados

IV- contenha obscuridades que impeçam a sua perfeita compreensão. (grifo nosso). (BRASIL, 2009)

É certo então que, quando adequadamente fundamentadas, as orientações emanadas pela consultoria jurídica tem o condão de afastar a responsabilidade do parecerista em relação ao administrador público. Bem explicita esta tese o seguinte trecho do Acórdão TCU 798/2008 – Primeira Câmara, quando trata da possibilidade de responsabilização do profissional:

É a partir da jurisprudência desta Corte que, como já dito, entende-se afastável a responsabilização dos autores de pareceres jurídicos, se demonstrada a eventual complexidade jurídica da matéria questionada, se apresentada argumentação provida de devida fundamentação e se defendida tese aceitável na doutrina ou na jurisprudência, ainda que considerada equivocada. Assim, **se o parecerista, em resumo, apresenta apenas o entendimento adotado, torna-se corresponsável por decisão tomada em sua linha.** (grifo nosso). (BRASIL, 2008)

Depreende-se do exposto, portanto, que além da emissão de manifestação contrária à disposição legal, enseja a apuração de responsabilidade do assessor jurídico o parecer que contenha fundamentação desarrazoada ou insuficiente e que tal ausência de razoabilidade resulte em induzir atos de gestão irregulares e, conseqüentemente, danosos ao Erário.

Confirmando este entendimento, a Suprema Corte negou provimento a agravo regimental impetrado em face do Tribunal de Contas da União, na sede do Mandado de Segurança 27.687/DF, em que se apurava responsabilidade por dano ao erário. Na oportunidade, o TCU havia decidido pela imputação de responsabilidade solidária entre o Diretor-Geral de determinada unidade administrativa e o Procurador que havia se manifestado em processo administrativo relativo ao ajuste empreendido. Insurgindo-se contra a decisão, o parecerista impetrou o recurso, que teve seu provimento negado. Leia-se a ementa e trecho pertinente da decisão proferida pelo STF:

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO

CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INDEPENDÊNCIA ENTRE A ATUAÇÃO DO TCU E A APURAÇÃO EM PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. **RESPONSABILIZAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO POR PARECER OPINATIVO.** PRESENÇA DE CULPA OU ERRO GROSSEIRO. MATÉRIA CONTROVERTIDA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

Os fundamentos do agravante sustentam-se nas seguintes premissas: **i) exclusão de culpabilidade em processo administrativo disciplinar no âmbito da AGU; ii) aplicação do entendimento formado no julgamento do MS 24.631/DF; e iii) violação do princípio do contraditório e da ampla defesa**, uma vez que suas manifestações não foram concreta e oportunamente analisadas pelo Tribunal de Contas da União.

[...]

A simples alegação de que os responsáveis originários tiveram oportunidade de defesa a mais que o recorrente, devido ao decurso do tempo, não justifica a suposta violação do contraditório e da ampla defesa. O impetrante teve tempo hábil para apresentar sua defesa, sendo lhe, inclusive, deferido pedido de dilação de prazo.

[...]

Dessa forma, **é possível a responsabilização de advogado público pela emissão de parecer de natureza opinativa nas situações em que restar configurada a existência de culpa ou erro grosseiro. Essa apuração, por sua vez, deve ser realizada sob a égide das instâncias administrativo disciplinares ou jurisdicionais próprias.** [...]

Enquanto o agravante defende que não houve culpa ou erro grosseiro, a autoridade coatora, no Acórdão 2.208/2008, afirma, fundamentadamente, que existiu a intenção de causar prejuízo ao erário, o que implicaria a responsabilização do recorrente. (grifo nosso). (BRASIL, 2012).

Desse modo, confirma e sintetiza o posicionamento exposto neste trabalho o jurista Justen Filho (2011, p. 198), na obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos”, quando ensina que é lógica a atribuição de responsabilidade ao parecerista público, pois ela decorre do próprio dever que lhe é inerente de apontar os vícios constantes de atos administrativos submetidos à sua apreciação, e indicá-los ao gestor público; trata-se de um dever de ofício. Leia-se o que o jurista escreveu:

A manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação **associa o emitente do parecer ao autor dos autos.** Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. **Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.** A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, **a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões.** (grifo nosso).

Importa ressaltar, finalmente, que na evolução jurisprudencial do tema abordado, há registro de uma multiplicidade de julgados, tanto do Tribunal de Contas da União, quanto sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal, que levaram ao recente entendimento da imputação de responsabilidade atribuída ao parecerista público. Há também julgados registrados que versam sobre a atribuição de medidas de responsabilidade ao advogado noutras esferas de jurisdição, na seara do Superior Tribunal de Justiça e de Tribunais Regionais.

Nesta via, a fim de se proporcionar uma visão mais ampla sobre o tema abordado, o próximo - e último capítulo cuidará da transcrição dos julgados mais importantes sobre a matéria, em diversas esferas de jurisdição.

4. IMPORTANTES DECISÕES SOBRE A MATÉRIA

4.1. Decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal

A respeito do objeto deste trabalho, destacam-se algumas manifestações do Supremo Tribunal Federal, das quais transcrevem-se alguns trechos importantes à elucidação da matéria. No Mandado de Segurança 24.073-3, fora firmado o entendimento de que a responsabilidade deve ser amparada pelos pressupostos que configurem o elemento subjetivo do ato, para imputação da responsabilidade solidária. Leia-se:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER.-C. F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, 5º, art. T, art. 32, art. 34, IX.

I- Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. (Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros, 13.ed. p. 377).

II- O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo. (Cód. Civil, art. 159; Lei nº 8.906/94, art. 32)15.

III- Mandado de segurança deferido. (STF- MS 24.073-3/ DF). (grifo nosso). (BRASIL, 2003).

Sobre a mesma matéria, o Ministro Joaquim Barbosa se pronunciou no sentido de classificar os pareceres em espécies, o que levou ao entendimento de pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes.

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I- Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa

manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II- No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo Superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III- Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

III- Mandado de segurança deferido. (STF- MS 24.631-6/DF). (grifo nosso). (BRASIL, 2008)

Destacando a possibilidade de ser utilizado parecer jurídico como elemento de fundamentação de um ato administrativo, tem-se o Mandado de Segurança 24.631-6, do STF, do qual extraímos o seguinte trecho:

É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo **demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo disciplinares ou jurisdicionais próprias**, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (grifo nosso) (BRASIL, 2008)

4.2. Decisões do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União também se manifestou, em diversas oportunidades, a respeito da matéria em debate. O acórdão 1427/2003 - Primeira Câmara, trouxe importante decisão, na qual desdobrou em duas esferas distintas a imputação de responsabilidade ao advogado público – a responsabilidade pelo exercício da advocacia, onde o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil aplicaria sanções disciplinares, e a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, cuja fiscalização cabe ao TCU.

Seguem transcritos importantes trechos desta decisão paradigmática, dentre os quais destacamos os entendimentos que balizaram o posicionamento desta pesquisa, frente à controversa matéria.

Não é razoável, prima facie, a alegação de impossibilidade de responsabilização do advogado, no exercício de sua profissão, em todos

os casos, já que amparado pela inviolabilidade de seus atos e manifestações, nos limites da Lei 8.906/94. O apelo a tal entendimento somente pode ser admitido a partir da análise de cada caso concreto, na estrita verificação da fundamentação do parecer, já que este, muitas vezes, é o primeiro passo para o cometimento de crimes contra a Administração Pública, expondo hipóteses absolutamente desvinculadas dos casos concretos, com desiderato certo, dolosamente imbuído do intuito de beneficiar ou prejudicar contratante.[...]

Evidentemente, não é esta a hipótese se o parecer está devidamente fundamentado, se ele defende tese jurídica pelo menos aceitável e se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência consistente. Presentes tais condições, não há como responsabilizar o advogado, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in “Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos”, Malheiros Editores, 2ª edição, 1995, pág. 118).

A propósito, na prática administrativa de algumas autarquias, o TCU já identificou inúmeros e reiterados casos de pareceres jurídicos, a fundamentar reajustes ilegais da remuneração de contratos, pagamentos indevidos, contratações sem licitação visivelmente ilegais etc., sempre em detrimento do Erário.

[...]

No caso concreto, não estão presentes os pressupostos que amparariam a razoabilidade da opinião emitida pelo embargante, sobretudo por não haver destacado os inúmeros percalços administrativos oriundos da própria imprevidência dos responsáveis da autarquia, que resultaram na contratação emergencial.

Na verdade, existe uma larga multiplicidade de situações de fato, já detidamente examinadas por esta Corte, em que fraudes gravíssimas contra o Erário ocorriam sistematicamente fundamentadas em pareceres jurídicos, cujo texto era, evidentemente ‘de encomenda’ e cujas conclusões eram plenamente contrárias à jurisprudência e doutrina, chegando às raias da teratologia. Poderia mencionar longa fila de acórdãos tendo o DNER como principal protagonista.

Não entendo que esteja esta Corte obrigada a, automaticamente, excluir, a priori, a responsabilidade de todo e qualquer advogado de entidade fiscalizada pelo TCU, devendo as nuances e circunstâncias existentes em cada caso concreto serem devidamente examinadas.

A responsabilidade do advogado autor de um parecer jurídico deve ser desdobrada em pelo menos duas esferas distintas. Na primeira, apurar-se-ia a responsabilidade do advogado pelo exercício profissional da advocacia, na qual caberia ao Conselho Seccional da OAB, nos termos do art. 32 da Lei 8.906/94, a aplicação das sanções disciplinares, como censura, suspensão, exclusão e multa nas hipóteses discriminadas no Estatuto da Advocacia, sem exclusão da jurisdição comum, perante as autoridades judiciais competentes.

Na segunda, a responsabilidade imputada ao autor do parecer jurídico está inter-relacionada com a responsabilidade pela regularidade da gestão da despesa pública, disciplinada pela Lei 8.443/92, cuja fiscalização se insere na competência deste Tribunal, em hipóteses específicas de fraude e grave dano ao Erário.

[...]

O parecer jurídico emitido por consultoria ou assessoria jurídica de órgão ou entidade, via de regra acatado pelo ordenador de despesas, constitui fundamentação jurídica e integra a motivação da decisão adotada, estando, por isso, inserido na verificação da legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária,

operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70 caput, e 71, II, da Constituição Federal. [...]

O fato de o autor de parecer jurídico não exercer função de execução administrativa, não ordenar despesas e não utilizar, gerenciar, arrecadar, guardar ou administrar bens, dinheiros ou valores públicos não significa que se encontra excluído do rol de agentes sob jurisdição deste Tribunal, nem que seu ato se situe fora do julgamento das contas dos gestores públicos, em caso de grave dano ao Erário, cujo principal fundamento foi o parecer jurídico, muita vez sem consonância com os autos.

Na esfera da responsabilidade pela regularidade da gestão, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um parecer desarrazoado, omissos ou tendenciosos, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário.

Sempre que o parecer jurídico pugnar para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com grave ofensa à ordem jurídica, figurando com relevância causal para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de fiscalização do exercício profissional, mas para fins de fiscalização da atividade da Administração Pública. (grifo nosso). (BRASIL, 2004)

Embora verse em sentido divergente ao apontado no decorrer deste trabalho, deve-se registrar Acórdão do TCU que não reconhece a possibilidade de vinculação do parecer jurídico; tal decisão aponta que ao gestor caberia realizar exame discricionário da manifestação, cabendo-lhe inclusive certo poder de correção dos termos do parecer exarado pela assessoria jurídica. Segue trecho do julgado:

Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes ao gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração. Este dever exsurge com maior intensidade nas situações em que se está a excepcionar princípio (impessoalidade) e regra (licitação) constitucional. Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação. (grifo nosso) (BRASIL, 2010).

Vale anotar, também, excerto relativo à recomendação empreendida no acórdão 287/2002 do TCU, Plenário, que adverte aos assessores jurídicos sobre a emissão de pareceres desprovidos de fundamentação adequada. Leia-se:

31. Em 24.02.1999, **houve manifestação do Procurador Autárquico da entidade, posicionando-se favoravelmente à contratação,** parecer acolhido também pelo Procurador Chefe da DCAJ/PG, além da aprovação do Procurador Geral do DNER

8.5 - determinar, com fundamento nos arts. 43 e 45 da Lei nº 8.443/92, à Procuradoria-Geral e às Procuradorias Regionais do Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes - DNIT que, ao se manifestarem em feitos a elas submetidos, em especial aqueles que versarem sobre contratação direta,

por inexigibilidade ou dispensa de licitação, observem a jurisprudência desta Corte e, em particular, as determinações dirigidas ao extinto DNER e ao DNIT 8.6 – advertir a Procuradoria-Geral e às Procuradorias Regionais do Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes – DNIT que a **emissão de pareceres jurídicos desprovidos de lógica jurídica razoável, ou que deixem de observar jurisprudência consolidada desta Corte, ou ainda que ignorem determinação dirigida ao extinto DNER ou ao DNIT podem resultar aplicação de multa ou, eventualmente, imputação de débito aos consultores jurídicos que hajam concorrido para a irregularidade.** [...]. (grifo nosso). (BRASIL, 2004)

Elucidando-se, em apertada síntese, a natureza da responsabilidade imputada ao consultor jurídico no processo de licitação na hipótese de violação a preceitos constitucionais, transcreve-se o seguinte trecho do Acórdão 1494/2004 do TCU, em sede de apuração de responsabilidade em processo de contratação de serviços.

Na verdade, tem-se no caso uma **responsabilidade compartilhada entre os gestores, membros da CPL e Assessoria, que, conjuntamente, colaboram para a realização de licitação que viole os princípios constitucionais e legais.** Esse foi o entendimento seguido pelo Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal ao relatar o Mandado de Segurança 24.584-1/DF ao negar a indenidade de procuradores ao emitirem pareceres jurídicos. Esclarecedor excerto do Voto Conduzido quando afirma frisa-se, por oportuno, que na maioria das vezes não tem aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. **A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, implicando a aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação procedida, tem-se, nos limites técnicos a assunção de responsabilidade.** (grifo nosso). (BRASIL, 2004)

4.3. Decisões do STJ e de outros Tribunais sobre a matéria

Embora não esteja diretamente relacionado ao tema abordado e aos argumentos expostos, interessar anotar, a título ilustrativo, ementa da decisão em sede do Recurso em Habeas Corpus nº 7.165/RO, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que decidiu pelo trancamento de Ação Penal ajuizada em face de Procuradora do Estado de Roraima, aceitando a tese de independência técnica da profissional. Para o STJ, a advogada pública não pode ser responsabilizada na esfera penal pela prática de atos e manifestações em conformidade com o ordenamento jurídico. Leia-se:

RHC - DISPENSA DE LICITAÇÃO - PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DE ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE

LICITAÇÃO – DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 - **ACUSAÇÃO ABUSIVA - MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.** 1. Não comete crime algum quem, no exercício de seu cargo, emite parecer técnico sobre determinada matéria, ainda que pessoas inescrupulosas possam se locupletar às custas do estado, utilizando-se desse trabalho. Estas devem ser processadas criminalmente, não aquele. 2. **Recurso provido, para trancar a ação penal contra a paciente.** (grifo nosso) (BRASIL, 1998).

No sentido de responsabilizar-se o advogado público apenas na hipótese de comprovado erro grosseiro, dolo ou culpa grave na elaboração do parecer jurídico, tema abordado e defendido nesta monografia, a Segunda Turma do STJ, em sede do Recurso Especial nº 1183504/DF sob relatoria do Ministro Humberto Martins, proferiu a decisão abaixo. Segue trecho pertinente da ementa:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DENULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei.

2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pás de nullités sans grief*.

3. **É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa.** Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. **Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.**

Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária **é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave.**

5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ. (grifo nosso) (BRASIL, 2010)

Já no âmbito da responsabilização criminal, vale registrar mais uma ementa do STJ que versa na esteira deste trabalho. Decidiu a quinta turma do Tribunal, em sede do Habeas Corpus 46.906-DF, pelo trancamento da ação penal proposta por faltar justa causa à imputação de crime ao parecerista público, emissor da manifestação jurídica relativa à contratação direta irregular empreendida pela Administração. Leia-se:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI N.º 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. **ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO.** TRANCAMENTO

Resta evidenciada a atipicidade da conduta, uma vez que os **Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito** – contratação direta da empresa, em tese, indevida –, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, **foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico**, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.

Vale reproduzir-se também, ementa de decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em sede de Habeas Corpus impetrado em favor de advogado público acusado de cometer crimes eleitorais, por ter emitido parecer sem fundamentação adequada, no sentido de admitir contratação de serviços sem procedimento licitatório. A Relatora, em seu voto, afirmou que não houve, por parte do consultor, indício de que tenha agido ilegalmente no que se refere à dispensa do certame. Leia-se a ementa da decisão:

HABEAS CORPUS. CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 89, DA LEI N.º 8.666/93. ART. 1º, II, V E IX, DO CÓDIGO ELEITORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. ADVOGADO. **PARECER TÉCNICO. DISPENSA DE LICITAÇÃO. ATOS E MANIFESTAÇÕES. FALTA DE JUSTA CAUSA CARACTERIZADA.** TRANCAMENTO DO PROCESSO. ORDEM CONCEDIDA. (grifo nosso). (SÃO PAULO, 2004)

Finalmente, é interessante conferir-se entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em ação de Habeas Corpus, onde também se determinou trancamento da ação penal ajuizada em desfavor de advogado público, por falta de justa causa. A discussão, neste caso, diz respeito aos direitos do advogado, em especial à prerrogativa constitucional de inviolabilidade por suas manifestações, tema tratado em capítulo anterior neste trabalho. Transcreve-se a ementa da decisão proferida:

HABEAS CORPUS - CRIME DE INJÚRIA PROFERIDA CONTRA MAGISTRADO DO TRABALHO - CRÍTICA GENÉRICA EXARADA EM AUTOS DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR NA ORDEM DOS

ADVOGADOS - IMUNIDADE - RECONHECIMENTO - AÇÃO PENAL TRANCADA.

1- NOS CRIMES CONTRA A HONRA DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO NÃO PODE O MINISTÉRIO PÚBLICO AGIR SEM A REPRESENTAÇÃO DA PARTE OFENDIDA. A REPRESENTAÇÃO OFERECIDA POR ENTIDADES DE CLASSE SÓ É ADMISSÍVEL SE OS CRIMES FOREM COMETIDOS POR MEIO DA IMPRENSA.

2- **O ADVOGADO É INVOLÁVEL NO EXERCÍCIO DE SUAS ATIVIDADES, EM JUÍZO OU FORA DELE. EM AUTOS DE PROCEDIMENTO DISCIPLINAR INSTAURADO CONTRA ADVOGADO PERANTE SEU ÓRGÃO DE CLASSE OS MEMBROS DA COMISSÃO DE ÉTICA E DISCIPLINA EXERCEM MUNUS PÚBLICO, E ATOS PRIVATIVOS DE ADVOGADO, ESTANDO ASSIM COBERTOS PELA IMUNIDADE PREVISTA NO ARTIGO 133 DO TEXTO CONSTITUCIONAL, NOS ARTIGOS 2º, PARÁGRAFO 3º, E 7º, PARÁGRAFO 2º, DO ESTATUTO DA ADVOCACIA E NO ARTIGO 142, I, DO CÓDIGO PENAL.**

3 **OPINIÕES DESFAVORÁVEIS GENÉRICAS A RESPEITO DA CONDUTA DE UMA CLASSE DE PROFISSIONAIS, SE NÃO PROFERIDA POR MEIO DE IMPRENSA, NÃO CONFERE LEGITIMIDADE A UM ÚNICO MEMBRO DESSA CLASSE PARA, SENTINDO-SE OFENDIDO EM SUA HONRA SUBJETIVA, REPRESENTAR AO MINISTÉRIO PÚBLICO.** ADEMAIS, A CONFIGURAÇÃO DA INJÚRIA NÃO PODE TER COMO ÚNICO PARÂMETRO AS SUSCEPTIBILIDADES DO SUPOSTO OFENDIDO, DEVENDO-SE BUSCAR O SENTIDO DAS EXPRESSÕES TIDAS POR INJURIOSAS NO SENSO COMUM, NORMAL E RAZOÁVEL.

4- ORDEM CONCEDIDA. (grifo nosso) (SÃO PAULO, 2004)

CONCLUSÃO

O procedimento administrativo de licitação consiste numa série de atos preordenados em conformidade com o que dispõe a Lei Geral de Licitações, para que sejam realizadas aquisições e contratações essenciais ao funcionamento da Administração Pública. Isso porque o contrato administrativo é o instrumento legalmente adequado para a formalização de ajustes entre o Estado e particulares. A própria Constituição Federal é que institui a necessidade de que todas as contratações sejam precedidas de licitação. Ocorre que os atos relativos ao processo de licitação devem ser obrigatoriamente submetidos, pelo gestor público, ao corpo jurídico da Administração, em consulta prévia. Competirá ao consultor jurídico verificar a legalidade dos procedimentos e se manifestar sobre eles, por meio da produção de parecer jurídico.

Dito isto, o que se procurou investigar, neste trabalho, relaciona-se às seguintes questões: a) estaria o gestor público vinculado à opinião emanada pelo consultor jurídico no parecer? b) na hipótese de que o gestor conduza o procedimento em estrito cumprimento ao que preconiza o conteúdo da manifestação, poderia ser imputada responsabilidade ao advogado, emissor do parecer, em sendo constatadas irregularidades no processo licitatório?

No que tange à primeira pergunta, encontra-se resposta na classificação apresentada pela doutrina de Direito Administrativo que, balizada nas decisões do Supremo Tribunal Federal indicou a existência de três tipos de parecer, sejam eles: facultativo, obrigatório e vinculante, sendo que apenas esta última espécie teria o condão de vincular o administrador público às orientações produzidas pelo advogado consultor. Conforme observado neste trabalho, maior parte da doutrina, representada nas obras de Di Pietro e Bandeira de Mello, acredita que os pareceres jurídicos, em geral, seriam peças de cunho apenas opinativo, e que não afetam a discricionariedade do gestor. Para eles, se um parecer puder vincular o gestor, restaria descaracterizado em sua natureza.

Ocorre que, em sede de manifestações emitidas em processos licitatórios, como esta monografia procurou demonstrar, há excepcionalidade no que concerne à vinculação. Foram transcritos excertos de pareceres diversos, emitidos por assessorias jurídicas atuantes na Administração, nos quais se demonstra que o advogado público acaba por condicionar a atuação do gestor às orientações apostas no parecer. Não seria razoável, portanto, responsabilizar apenas

o gestor em caso de comprovado prejuízo ao Erário, caso ele tenha cumprido exatamente o que fora orientado pelo parecerista; o que nos leva à resposta da segunda pergunta.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 e leis infraconstitucionais relativas à atuação do advogado estabelecem prerrogativas ao profissional, garantindo-lhe imunidade por suas manifestações no exercício da sua atividade. Contudo, esta proteção não pode lhe avalizar irresponsabilidade irrestrita; as manifestações que balizarem condutas em sede de gestão de recursos públicos podem e devem ser levadas ao exame do controle externo da Administração Pública.

Isso porque, assim como todos aqueles que se enquadram como agentes públicos, por tratarem da coisa pública, estes profissionais são alcançados pelo controle externo dos atos administrativos. Diante dos reiterados casos concretos de pareceres que fundamentam atos ilegais no âmbito das contratações administrativas, não seria razoável isentar o advogado público do rol de responsáveis pelo cometimento do ilícito administrativo. Superada essa discussão, levantou-se a importante questão de serem identificadas as medidas de responsabilidade a serem imputadas ao profissional, frente às prerrogativas que a legislação brasileira lhe garante.

À luz de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas de União, foram sendo elucidadas algumas questões atinentes à possibilidade de responsabilização do consultor jurídico; apesar de não se tratar de matéria plenamente pacífica entre os doutrinadores, firmou-se, com a evolução da jurisprudência, o entendimento de que há responsabilidade solidária entre o gestor público e o consultor jurídico, quando se comprovar prejuízo ao erário, advindo da edição de pareceres que tenham fundamentado o cometimento de irregularidades.

Conforme é possível se extrair dos julgados expostos neste trabalho, devem ser consideradas ainda algumas ressalvas quanto à imputação de responsabilidade ao advogado público: primeiramente, deve ser considerado o elemento subjetivo para responsabilizá-lo – o parecer deve estar eivado de dolo, erro grosseiro ou culpa grave, evidenciando-se a intenção do gestor ou sua omissão, incontestável inobservância à legislação. Ainda deve restar demonstrado que o parecer induziu o gestor ao erro, condicionando-o ao acolhimento das orientações, para cometer o ato ilícito. Cabe assim, ao consultor jurídico, a produção de um parecer bem fundamentado, em estrita observância ao ordenamento jurídico. Dessa forma estará contribuído para excluir tanto sua culpabilidade, quanto a do gestor público.

Portanto, é possível concluir que não se pode afastar a responsabilidade de quaisquer agentes que tenham concorrido para prejuízo ao Erário, incluído, dentre eles, o parecerista público que se manifeste em processo de licitação. Assim, em face do exposto, o posicionamento deste trabalho filia-se ao entendimento de Marçal Justen Filho, para o qual não é possível aos integrantes das assessorias jurídicas pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres.

No entanto, nos casos concretos, ainda surgem dúvidas quanto à possibilidade de responsabilização solidária do advogado público, em sede dos processos licitatórios ocorridos nos órgãos da Administração, em face da ausência de informação acessível aos administradores públicos, que não sabem como agir diante de pareceres com fundamentação insuficiente ou desarrazoados. Estes gestores acabam por cometerem irregularidades balizadas em pareceres cujos emissores não agiram com observância aos mandamentos legais.

Assim, como contribuição acadêmica, sugere-se a edição de informativos, no âmbito de cada órgão da Administração, que esclareçam questões atinentes às medidas de responsabilidade de cada agente que opera em processos de contratação, de forma que, tanto aqueles que atuam em fases operacionais do procedimento, quanto os que se ocupam de etapas jurídico-intelectuais da licitação, cultivem a consciência de que seus atos são passíveis de controle externo, por se tratarem da gestão de recursos públicos. E, principalmente, que a responsabilidade por essa gestão perpassa por todos os agentes públicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia Geral da União. *Parecer nº GQ – 02/2013*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=8319&ID_SITE=>>. Acesso em: 31 agosto 2016

BRASIL. *Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em: 17 março 2016

BRASIL. *Lei 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estado da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em 23 de agosto de 2015

BRASIL. *Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 19 março de 2016.

BRASIL. *Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regula o artigo 37 da Constituição federal, institui normas para licitações e contratos e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 20 abril de 2016.

BRASIL. *Lei Complementar Nº 73, de 10 de novembro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp73.htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 de agosto de 2015.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer PGFN/CJU/COJLC nº 107/2016 In: processo administrativo nº 10951.0008881/2015. Brasília, PGFN, 2016. Processo não publicado.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral. Habeas Corpus. HC 10 SP. Relator: Suzana de camargo Gomes. São Paulo, 30 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://trf-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3967871/habeas-corpus-hc-10-sp>> Acesso em: 31 agosto 2016

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Habeas Corpus. *HC 7704 SP 98.03.007704-0*. Relator: Min. Arice Amaral. São Paulo, 28 de março de 1999. Disponível em: <http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2084095/habeas-corpus-hc-7704-sp-9803007704-0>> Acesso em: 31 agosto 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus *RHC nº. 23.891-RO*. RHC 7165 RO 1998/0000882-9 Brasília, 21 de maio de 1998. Disponível em:<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/506509/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7165-ro-1998-0000882-9>>. Acesso em: 13 setembro 2016

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial nº 1183504/DF. Min. Humberto Martins Brasília, 15 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.acopesp.org.br/artigos/Dra.%20Gina%20Copola/artigo120.pdf>>. Acesso em: 13 setembro 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS nº. 24.073-DF*. Plenário. Relator: Min. Carlos Veloso. Brasília, 31 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/busca?q=MS+24.584-1%20FDF+STF>>. Acesso em: 25 julho 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança. *MS nº. 867 AGR/DF*. Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22456749/agreg-em-mandado-de-seguranca-ms-27867-df-stf/inteiro-teor-110906891>>. Acesso em: 25 julho 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Mandado de Segurança. *MS nº. 24.584-1/DF*. Plenário Relator: Min. Marco Aurélio 24.631-6/DF Brasília, 9 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2286363>> Acesso em: 25 julho 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança. *MS nº. 24.631-6/DF*. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 15 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2289332>>. Acesso em: 25 julho 2016

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Consulta Textual*. Brasília, 2014. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Processos.faces?textoPesquisa=decis%20358/98>>. Acesso em: 12 maio 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 287/2002. Plenário. Processo n. TC-004.319/1998. Relator: min. Marcos Benquerer Costa. DJ, 19 ago. 2004. Decisão publicada: 27 ago. 2004

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 939/2010. Processo n. TC007.117/2010-8. Relator: min. Benjamin Zymler. DJ, 13 maio 2010. Decisão publicada: 13 maio 2010

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. Acórdão n. 798/2008. Relator: min. Marcos Bemquerer. Sessão de 18 mar. 2008. DJ, Brasília, DF, 20 mar. 2008. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/ Docs/judoc/Acord/20080328/016-178-2005-0-MBC.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080328/016-178-2005-0-MBC.doc)> Acesso em 26 julho 2016

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 343/2008. Relator: ministro Valmir Campelo. Sessão de 5 mar. 2008. DJ, Brasília, DF, 17 mar. 2008. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20080310/TC-019-812-20077.doc>> Acesso em 25 julho 2016

- BRASIL. Tribunal de Contas da União Segunda Câmara. Acórdão n. 1492/2004. Processo n. TC-004.319/1998. Relator: min. Marcos Bemquerer Costa. Sessão de 19 de ago. 2004. *DJ*, Brasília, DF, 27 ago. 2004
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.
- Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUIMARÃES, Edgar. *Controle das Licitações Públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Da responsabilidade de Agentes públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitações e Contratos*. São Paulo: NDJ, 2012.
- SILVA, José Afonso. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.